

Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 12 y 420

Raquel López Jiménez

Ayudante Doctor de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

252

Art. 12. *Litisconsorcio*.-

1. Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.
2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.

Art. 420. *Posible integración voluntaria de la litis. Resolución en casos controvertidos de litisconsorcio necesario*.-

1. Cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio, podrá el actor, en la audiencia, presentar, con las copias correspondientes, escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes y el tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así, ordenando emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia.

El demandante, al dirigir la demanda a los litisconsortes, sólo podrá añadir a las alegaciones de la demanda inicial aquellas otras imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente la causa de pedir.

2. Si el actor se opusiere a la falta de litisconsorcio, aducida por el demandado, el tribunal oír a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto que deberá dictar en el plazo de cinco días siguientes a la audiencia. En todo caso, ésta deberá proseguir para sus restantes finalidades.
3. Si el tribunal entendiere procedente el litisconsorcio, concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo, que no podrá ser inferior a diez días. Los nuevos demandados podrán contestar a la demanda dentro del plazo establecido en el artículo 404, quedando entre tanto suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones.
4. Transcurrido el plazo otorgado al actor para constituir el litisconsorcio sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a nuevos demandados, se pondrá fin al proceso y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones.

La mayoría de los procesos civiles se desarrollan entre dos personas, es decir, cada una de las posiciones procesales está ocupada por una parte: una demandante y otra demandada. Esta dualidad de partes no significa que sólo dos personas hayan de intervenir siempre como tales en el proceso, una en la postura del actor y otra en la del demandado, puesto que en cada una de esas posturas

pueden figurar varios sujetos, formando una parte única, pero compleja¹. En este sentido, se suele hablar de pluralidad de partes para hacer referencia no a un proceso en el que existan más de dos posiciones, sino a un proceso en el que una pluralidad de sujetos intervienen como parte demandante o demandada.

Así, es bastante frecuente que, en la práctica, la pretensión sea ejercitada por varios demandantes y/o frente a varios demandados. En tales supuestos, cuando en la posición activa o pasiva del proceso hay varios sujetos, se habla de pluralidad de partes.

La pluralidad de partes es un fenómeno consecuencia de la legitimación plural². En este sentido, está bastante asumido por la doctrina que los problemas relacionados con el litisconsorcio hay que residenciarlos en la concepción que se tenga de la legitimación.

Esta pluralidad de partes puede darse en el proceso de manera originaria o de manera sobrevenida, como regla general. Cuando la pluralidad de partes es originaria, se habla de litisconsorcio; cuando es sobrevenida, se habla de intervención procesal.

La nueva LEC viene a colmar, en principio, la laguna que existía en la LEC de 1881 y regula en sus arts. 12, 416.3 y 420 la figura del litisconsorcio o pluralidad de partes que, anteriormente, se solucionaba única y exclusivamente de acuerdo con lo mantenido por la doctrina y la jurisprudencia. Decimos en principio porque la LEC, aún cuando expresamente menciona la figura litisconsorcial, sin embargo, deja sin tratar muchas cuestiones que se suscitan en relación con la pluralidad de partes.

El litisconsorcio podría ser definido como la pluralidad de sujetos procesales que actúan en posición de parte en un mismo proceso, bien sea como demandantes (litisconsorcio activo), bien sea como demandados (litisconsorcio pasivo), bien como demandantes y demandados (litisconsorcio mixto).

Por otro lado, también se puede establecer una clasificación de la pluralidad de partes en el proceso dependiendo del fundamento de su actuación en conjunto. Esta clasificación atiende a criterios de oportunidad o de necesidad. Así, la pluralidad de personas en una posición de parte procesal puede obedecer únicamente a la decisión espontánea de los propios sujetos de comparecer unidos en el proceso; en este caso, se trataría de un litisconsorcio facultativo o voluntario. Sin embargo, la comparecencia conjunta puede venir impuesta por la propia naturaleza del derecho controvertido en el proceso, de esta forma, el ordenamiento jurídico impone la obligatoriedad de presentar la demanda conjuntamente por varias personas o frente a varias personas y estaríamos hablando del litisconsorcio necesario.

¹ PRIETO CASTRO (1972), *Derecho Procesal civil*, Primera Parte, Madrid, pág. 319.

² MONTERO AROCA (2001), *Derecho jurisdiccional, II, Proceso Civil*, (con Gómez Colomer; Montón Redondo y Barona Vilar), Valencia, pág. 83.

En el primero de ellos, el facultativo, a la pluralidad de sujetos que actúan en posición de parte corresponde una pluralidad de relaciones sustantivas/materiales controvertidas y, por tanto, una pluralidad de acciones que se acumulan y tramitan en un mismo proceso. La acumulación de estas acciones viene permitida por la ley, por razones de conexión, economía u oportunidad.

Finalmente, otro de los criterios para clasificar al litisconsorcio puede ser el de atender al momento de formación del litisconsorcio, por lo que éste puede ser inicial o sucesivo. En este sentido, cuando la demanda es propuesta inicialmente por todos o contra todos, se da origen al litisconsorcio inicial o también llamado originario; no obstante, cuando la pluralidad de sujetos se origina una vez iniciado el proceso, se da lugar al litisconsorcio sucesivo o sobrevenido. Las figuras que, de manera sobrevenida, pueden dar a un litisconsorcio son la intervención, la sucesión y la acumulación de autos.

El art. 12 de la LEC es el que regula la pluralidad de partes inicial y a él va dirigido nuestro comentario.

Se dispone en el art. 12, párrafo primero, de la LEC que *podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo «título» o «causa de pedir»*. En este precepto se ofrece la posibilidad o se deja a la voluntad de las partes, demandantes o demandadas, de comparecer unidas en el proceso con la única exigencia de que las acciones que ejerciten provengan de un mismo «título» o «causa de pedir».

La referencia que hace la Ley a la comparecencia en juicio de varias personas, ya sea desde el lado activo o desde el pasivo, obedece únicamente a la voluntad del demandante y no a la voluntad del demandado, esto es, que haya anuencia de todos los demandantes en el litisconsorcio voluntario activo o la voluntad del demandante único de demandar a varios en el litisconsorcio voluntario pasivo.

La acumulación voluntaria lo es siempre a instancia de parte. No se puede exigir al actor realizar dicha acumulación y éste puede, según estime oportuno, dar lugar a la acumulación o interponer las pretensiones en distintos procesos.

Con el término litisconsorcio se describen, con base en datos puramente formales, dos fenómenos procesales bien diversos: la acumulación subjetiva de pretensiones y el proceso único con pluralidad de partes. En este último no hay acumulación de acciones porque no hay pluralidad de objetos³.

³ MONTERO AROCA (1981), *Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, págs. 239 y ss.

Podemos hablar, por tanto, cuando hay un litisconsorcio facultativo, de una acumulación subjetiva de acciones distintas en cuanto a los sujetos pero aunadas en un solo proceso por la conexión que existe entre ambas o, con mayor exactitud, se debería hablar de una acumulación objetiva-subjetiva, porque toda acumulación requiere por naturaleza varias pretensiones y cuando, además, es subjetiva, exige una pluralidad de partes, tantas parejas de contradictores cuantas sean las pretensiones acumuladas.

El fundamento del litisconsorcio voluntario, que no es sino el de la acumulación, consiste en facilitar el tratamiento conjunto de problemas de naturaleza semejante. Para saber cuáles son los presupuestos y efectos del litisconsorcio voluntario, necesariamente nos tenemos que remitir a lo dispuesto en el art. 72 de la LEC relativo a la regulación legal de la acumulación subjetiva de acciones.

Luego, siendo tanto el litisconsorcio voluntario como la acumulación subjetiva de acciones dos formas de una misma manifestación, es lógico que el legislador exija como condición o presupuesto para que las partes comparezcan en el proceso unidas, tanto en el art. 12.1 como en el art. 72 de la LEC, que las acciones provengan de un mismo «título» o «causa de pedir». Más concretamente, en el art. 72 se preceptúa que "Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir". En este artículo además se aclara el significado de «título» o «causa de pedir» al disponer que "el «título» o «causa de pedir» es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos".

Entendemos que «título» se asimila a «fundamento jurídico» o «causa de pedir». Sin embargo, consideramos que, aunque designan una misma realidad, esto es, el fundamento o la razón de pedir en sentido propio, ciertamente no son términos equivalentes. De esta forma, cabe precisar que aunque en ambos casos se trata del fundamento de hecho de las pretensiones, el título hace referencia más específicamente al contrato donde se documenta un negocio jurídico, mientras que la causa de pedir hace referencia, en general, a los hechos constitutivos contemplados por una norma jurídica y en los que las partes fijan sus pretensiones. En definitiva, aun cuando son términos o conceptos diferentes, ambos designan una misma realidad; los dos nos sirven para poder acumular las acciones en un mismo proceso. Aunque algunas veces la jurisprudencia ha confundido el «título» con la «causa de pedir», como regla general, ha entendido que son conceptos alternativos y, por tanto, diferentes. Así, el Tribunal Supremo ha señalado que «conviene recordar que, en la práctica, se entiende que título alude a negocio jurídico y causa de pedir al hecho o conjunto de hechos que tienen idoneidad para producir efectos jurídicos, como también que, en general, la jurisprudencia considera la causa de pedir como el acaecimiento de cuya existencia o inexistencia pretende el actor deducir las consecuencias jurídicas determinantes de su petición (...)» [STS de 3 de octubre de 2000 (RJA 8133/2000)].

No obstante, consideramos que lo verdaderamente importante no es tanto delimitar dichos términos sino más bien saber qué es lo que conforman dichos conceptos, esto es, si solo los hechos jurídicamente relevantes o si, además de los hechos, también las normas jurídicas que le son aplicables.

En este sentido, en el último párrafo del art. 72 de la LEC se indica que el «título» o «causa de pedir» es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos. Por tanto, del tenor literal de este artículo se desprende que lo importante para permitir el litisconsorcio voluntario o la acumulación subjetiva de acciones son los hechos y no su fundamentación jurídica. En definitiva, el legislador pretende zanjar la cuestión de la identificación de la «causa de pedir» al reconducirla a los hechos, con lo que parece seguir la teoría de la sustanciación, conforme a la cual el fundamento jurídico no es un elemento determinante de la causa de pedir a efectos de delimitación del objeto del proceso. Sin embargo, no debemos olvidar lo especificado en el art. 400.2 de la LEC que, literalmente, indica que «De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste». Aquí, por el contrario, el legislador parece acoger la teoría de la individualización, en contraposición con la de la sustanciación, por lo que la interpretación que se haga del art. 72 de la LEC debe ser puesta en relación con la del art. 400.2 de la misma Ley. En definitiva, hay que intentar conciliar o llegar a un término intermedio entre los fundamentos de ambas teorías, sin tener que aplicar exclusivamente una u otra, lo que dependerá del tipo de tutela que se pretenda conseguir, distinguiéndose entre las acciones de condena, declarativas o constitutivas.

Dejando a un lado la cuestión apuntada y sin perjuicio de que sean exclusivamente los hechos o la fundamentación fáctica lo que nos posibilite acumular las acciones en un mismo proceso, la correlación entre el art. 12 y el 72.2 de la LEC no es absoluta, pues en este último precepto se hace referencia, no sólo a la identidad del título o causa de pedir, sino también a la conexidad, por lo que entendemos que se amplía el ámbito de aplicación de la acumulación subjetiva de acciones a supuestos donde el «título» o la «causa de pedir», no siendo idéntico, es semejante u homogéneo. En este sentido, la identidad exige una igualdad entre todos los elementos que conforman una cosa, mientras que la conexión precisa únicamente la coincidencia o igualdad de alguno o algunos de sus elementos. Esto ocurrirá, como señala la doctrina, cuando las diversas acciones se funden en la misma «clase de hechos», aunque los concretos hechos históricos que sustentan cada pretensión sean diferentes. Por ejemplo, cuando los distintos compradores de los pisos de un inmueble demandan a la constructora por vicios en sus viviendas: en estos casos, los hechos en que se basa cada acción son distintos (para cada comprador, los concretos vicios apreciados en su vivienda); pero estos hechos son homogéneos, razón por la cual, en la práctica, se circunscriben a unidad de términos⁴.

⁴ GASTÓN INCHAUSTI Y DE LA OLICA SANTOS (2002), *Acumulación subjetiva de acciones: conexidad de la causa de pedir*, en Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas, Madrid, pág. 106.

La flexibilidad del art. 72 con respecto al art. 12 de la LEC, conforme al cual basta la conexión para acumular varias acciones en un mismo procedimiento, era desconocida en la anterior legislación.

Entendemos que, siendo el litisconsorcio voluntario nada más que una acumulación subjetiva de acciones, la norma contenida en el art. 12.1 de la LEC resulta innecesaria y podría haberse eliminado sin ninguna dificultad ya que, como acabamos de ver, genera confusión en cuanto se refiere al ámbito de aplicación. No obstante, se trata de una divergencia más aparente que real ya que la intención del legislador al regular en el art. 12.1 la pluralidad de partes es la de dejar constancia de la existencia de tal posibilidad en el proceso civil pero no la de regular exhaustivamente en ese precepto todos los requisitos. Ello, entendemos, se hace en el art. 72.1 de la LEC al concretar la acumulación de acciones.

Además, desde el punto de vista práctico, la distinción carece de consecuencias por dos razones. La primera de ellas, porque el régimen jurídico es el mismo tanto para el litisconsorcio voluntario como para la acumulación de acciones y, la segunda, porque la jurisprudencia permite la conexión impropia para constituir el litisconsorcio voluntario, por lo que se permitirá una acumulación de acciones entre varios demandantes y/o demandados, y así un litisconsorcio voluntario, cuando las acciones se funden en un mismo documento, en los mismos hechos o en hechos conexos.

A mayor abundamiento, señala la doctrina que la diferente redacción entre el art. 12 y el art. 72 de la LEC puede deberse a que este último artículo recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo elaborada al hilo de la aplicación e interpretación del art. 156 de la LEC de 1881, respecto de las cuales establece la doctrina de la flexibilidad, pues basta con que a las acciones cuya acumulación se pretende no les alcancen las prohibiciones de los arts. 154 y 157 para que, aunque el supuesto no se encuentre en la literalidad del art. 156, proceda la acumulación, siempre que entre las acciones acumuladas exista cierta conexidad jurídica que justifique el tratamiento unitario y la resolución conjunta⁵.

Además de los requisitos contemplados en el art. 12.1 de la LEC, es decir, que las acciones se funden en el mismo «título» o «causa de pedir», son presupuestos del litisconsorcio voluntario los que se prevén para la acumulación de acciones en el art. 73.1 de la LEC y esto se debe, como señalábamos con anterioridad, a que toda acumulación subjetiva de acciones es, a la vez o además, una acumulación objetiva de acciones, por lo que nos remitimos al comentario que se efectúe del art. 73 de la LEC.

La finalidad primordial del litisconsorcio voluntario es la de lograr la economía procesal mediante la discusión de los distintos asuntos en un único procedimiento y resolviéndolos en una sola sentencia. Sería antieconómico que un demandante que pretende plantear varias pretensiones contra una

⁵ GUZMÁN FLUJA (2001), *El proceso civil*, Vol. I, Libro I: artículos 1 a 98 inclusive, (coord. Escribano Mora), Valencia, págs. 780 y 781.

persona (acumulación objetiva de acciones) o contra varias (acumulación subjetiva de acciones), tuviera que hacerlo en distintas demandas, ya que ello provocaría un incremento notable de los gastos procesales y del tiempo empleado en los distintos procedimientos. Sin embargo, aún existiendo una única sentencia, ésta debe contener tantos pronunciamientos separados cuantos sean los objetos procesales, ya que se trata de pretensiones distintas, pudiendo darse el supuesto de que una pretensión sea estimada y otra desestimada. En este sentido, la actuación de las partes es independiente, por lo que, de los actos realizados por una parte no derivan ni perjuicio ni beneficio para las otras. Cada parte es autónoma en la conducción procesal de su pretensión sin necesidad de actuar defendidas por un mismo abogado y representadas por un mismo procurador.

Así, los actos de disposición de las partes como el allanamiento, la renuncia, la transacción o el desistimiento, sólo afectan a la parte que los ha llevado a cabo y nunca a los demás litisconsortes. Tal es la autonomía en la conducción procesal de su pretensión que la LEC permite en su art. 301.1 la facultad de pedir el interrogatorio de un colitigante. Este interrogatorio, en principio, sólo debe perjudicar a la parte que ha contestado, sin perjuicio de la valoración que de tales circunstancias efectúe el juez para las demás pretensiones.

Por tanto, la suerte que pueda correr cada litisconsorte voluntario es independiente de la de los demás, por lo que sólo a él le perjudicará el incumplimiento de las cargas procesales o el descuido en el ejercicio de sus expectativas y derechos; y sólo él se beneficiará con su propia diligencia.

Finalmente, en cuanto a las costas, decir que como cada litisconsorte es independiente en el proceso, las costas serán sufragadas por cada uno de ellos si fueren vencidos, según se establece en el art. 394 de la LEC. Si hubiese temeridad en los actos de alguno de los litisconsortes afectará solamente a él con independencia de la conducta de los demás. Únicamente deberá hacerse un reparto de las costas causadas cuando las actuaciones procesales se hallan realizado en común.

En cuanto al segundo párrafo del art. 12.2 de la LEC, en éste se indica que “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

El legislador, en dicho artículo, sólo regula el litisconsorcio pasivo necesario y para nada menciona el activo. Entendemos que una de las principales razones por las que el legislador no ha regulado el litisconsorcio activo necesario es la de que se ha dejado llevar por la doctrina errónea del Tribunal Supremo sobre el litisconsorcio activo en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria. En este sentido, el Tribunal Supremo tiene declarado con respecto a la comunidad de bienes que “cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que competen a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma” [véase, por todas, STS de 10 de abril de 2001 (RJA 2001/6675)].

De la misma forma, en cuanto a la comunidad hereditaria ha manifestado el Tribunal Supremo que “los herederos, o cualquiera de ellos en beneficio de la herencia yacente y comunidad hereditaria que es como comparecieron y demandaron las actoras, es decir, en beneficio de la herencia, para lo cual por tanto, tenían la suficiente legitimación (...)” [véase, por todas, STS de 21 de octubre de 2002 (RJA 2002/10915)].

Del pronunciamiento de estas sentencias se aprecia que cualquiera de los comuneros puede plantear una demanda sin contar con ningún otro consorte. Los efectos de la sentencia se extenderán al resto de los comuneros que no presentaron la demanda, siempre y cuando sea en beneficio de la comunidad, teniendo en cuenta que dicha tesis tenía su base en el art. 1139 del Código Civil, que indica que cuando la división –en las obligaciones mancomunadas- sea imposible, sólo perjudicarán a los acreedores los actos colectivos de ellos; mientras que, para poder exigir la deuda de una pluralidad en caso de indivisibilidad es necesario dirigirse contra todos los deudores.

En suma, puede decirse que la práctica jurisprudencial, en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria, ha sido la de otorgar legitimación activa a cualquiera de los comuneros que pretendiese ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, siendo el alcance de la sentencia desfavorable no perjudicial para los comuneros que no fueron parte en el procedimiento. Así las cosas, la jurisprudencia ha entendido que la legitimación del comunero viene determinada por su fundamento en el derecho común ejercitado y el resultado provechoso pretendido [STS de 6 de abril de 1993 (RJA 1993/2792)].

En definitiva, aún cuando la demanda debería de ser entablada por todos los copartícipes en conjunto para que esté bien constituida la relación-jurídico material, la práctica jurisprudencial, como decimos, ha sido la de permitir la presentación de la demanda a uno de los comuneros obteniendo los beneficios todos los demás.

Esta práctica ha sido muy criticada por la doctrina pues, además de conceder eficacia a la cosa juzgada *secundum eventum litis*, deja a la discreción del demandado el elegir si tener enfrente a un solo actor o, por el contrario, que vengan al proceso todos los titulares de la relación jurídica⁶.

A mayor abundamiento, todo esto se completa cuando la jurisprudencia admite que el comunero pueda ejercitar las acciones que puedan favorecer a los demás, pero no puede ser demandado solo, es decir, cuando se demanda a uno sólo o a varios de los partícipes de la comunidad, pero no a todos los que la integran, el convocado a juicio podrá oponer la excepción litisconsorcial fundamentando hallarse colegitimado y no legitimado pasivamente de forma individual [STS de 5 de abril de 1968 (RJA 1968/2038)]. Por tanto, se crea la necesidad del litisconsorcio pasivo, pero no el activo, lo que no tiene mucha justificación.

⁶ MORENO CATENA (2001), *El proceso civil*, (coord. Escribano Mora), Vol. I., Valencia, pág. 130.

En conclusión, como indicábamos con anterioridad, aún ser cierto que en la práctica sólo son supuestos excepcionales los de litisconsorcio activo necesario, no debemos olvidar que en la vida cotidiana se dan, por lo que entendemos que la verdadera razón de que en la LEC sólo se tenga en consideración al litisconsorcio pasivo necesario se debe, no a que no exista ningún supuesto en la práctica, sino a que el legislador se ha dejado llevar por la inercia de una jurisprudencia errónea sobre el litisconsorcio activo en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria⁷.

La jurisprudencia ha confundido el tratamiento procesal del litisconsorcio activo con la naturaleza jurídica y aquí es donde se equivoca y lleva al legislador a entender que no existen supuestos de litisconsorcio activo necesario. Hay que partir de la consideración de la acción como derecho; derecho cuyo ejercicio es libre, por lo que no se puede forzar a nadie a promover la acción, ni siquiera por quienes resulten ser titulares de la relación de derecho material. Pero, a *sensu contrario*, nadie ha de quedar condicionado para formular su reclamación judicial a la voluntad de quien no desee accionar conjuntamente. En este sentido, entendemos, como también lo ha hecho la jurisprudencia, y de una forma rotunda, que no se puede obligar a nadie a ejercitar su derecho si no quiere hacerlo puesto que en el proceso civil rige el principio dispositivo, lo que significa que las partes son única y exclusivamente las dueñas de ejercitar la acción civil; ahora bien, tampoco sería lógico que porque alguno de los sujetos que integran la relación jurídico-material en la parte demandante no quisiera ejercitar la acción, la otra parte que compone dicha relación se viese obligada a permanecer pasiva, ya que, de lo contrario, el órgano jurisdiccional tendría que inadmitir la demanda por falta de legitimación activa [STS núm. 13/2002 (RJA 2002/420)]. Recientemente la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), en la sentencia de 9 de febrero de 2004 ha manifestado en relación con el ejercicio por uno solo de los cónyuges cotitulares de la acción de retracto que *“en el supuesto examinado, en el que el marido cotitular de la finca retrayente ejercita individualmente la acción de retracto de colindantes --sin constar, en consecuencia, el consentimiento de su esposa--, resulta aplicable la doctrina sobre carencia de legitimación activa --insuficiencia-- de los casos en que algún miembro de la comunidad de bienes ejercita, en solitario, acción de retracto en su solo y exclusivo provecho, sin el concurso de los demás comuneros, que deberían refrendar su intervención, porque ningún copropietario puede imponer a los demás, por su sola iniciativa, una retracción sobre finca ajena en pro de la total comunidad, en la que todos acabarán contribuyendo al pago de su precio, sin haber podido intervenir en la decisión de compra, corriendo el riesgo de tener que pasar por cualesquiera condiciones adversas resultantes de la acción ejercitada. Y es que, en el caso, aun cuando se centre la litis en la sociedad conyugal de gananciales, el posible efecto perverso o perjudicial, que sobre el otro cónyuge cotitular puede causar la acción individual y exclusiva del comunero que toma la iniciativa y lo hace a título personal y provecho exclusivo, se mantiene íntegro (Cfr. TS S 17 Mar. 1962)”*.

Ahora bien, entendemos que esta doctrina debe ser interpretada adecuadamente en el sentido de que si la disponibilidad del demandante sobre la cosa reclamada no puede ejercitarse sino en forma

⁷ MORENO CATENA, *El proceso civil*, op. cit., pág. 129.

conjunta y mancomunada con otro para que esté bien constituida la relación jurídico-material, cuando esto no sea así, ello se debe traducir en una falta de litisconsorcio activo necesario. Por el contrario, en estos casos la práctica jurisprudencial ha sido la de declarar la falta de legitimación activa cuando no está bien constituida la relación jurídico-material en la parte demandante y no declarar la falta de litisconsorcio activo necesario [véase, por todas, STS de 4 de julio de 1994 (RJA 1994/5547)]. En este sentido, el Tribunal Supremo ha aclarado en reiteradas ocasiones que “como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni sólo ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino de forma conjunta y mancomunada con otro sujeto se traducirá en una falta de legitimación activa, que, como tal, carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación de la inexistente legal y jurisprudencialmente excepción de litisconsorcio activo necesario” [STS de 10 de noviembre de 1994 (RJA 1994/8482)].

El mismo Tribunal Supremo no ha dudado en declarar que “no pueden equipararse la situación de litisconsorcio activo con la del pasivo, ni calificarse ambas de litisconsorcio necesario, por cuanto si bien es evidente que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, no es menos cierto el principio de que nadie puede ser obligado a litigar, ni aislada ni conjuntamente con otros, a menos que la disponibilidad del demandante sobre la cosa reclamada no pueda ejecutarse, sino en forma conjunta y mancomunada con otro, lo que se traduciría en falta de «legitimatio ad causam», que al carecer de un presupuesto preliminar de fondo, basado en razones jurídico materiales, debiera conducir a una sentencia desestimatoria” [STS de 19 de diciembre de 2000, (RJA 2000/10127)].

El Tribunal Supremo encubre los supuestos de litisconsorcio activo necesario como falta de legitimación activa y es rotundo en decir que no se puede calificar de litisconsorcio necesario. A nuestro entender ahí está la equivocación porque sí existen en la práctica supuestos de litisconsorcio activo necesario pero el tratamiento que debe recibir no puede ser el mismo que el del litisconsorcio pasivo necesario. La solución lógica en estos casos sería anticipar la sentencia de fondo y dictar, por tanto, sentencia absolutoria, que no impediría que, posteriormente, los verdaderos titulares del derecho ejercitasen la acción contra el o los demandados⁸.

El legislador del 2000 da al problema de fondo una solución procesal y además parcial porque regula única y exclusivamente el litisconsorcio pasivo necesario. La razón por la que lo hace es, fundamentalmente, por razones de economía procesal, es decir, por aprovechar el trámite abierto por el actor. Así, en el art. 420 se permite que dentro de la audiencia previa al juicio el demandado pueda plantear la falta de litisconsorcio. Si el juez estima dicha falta ordena al actor dirigir la demanda contra los demás litisconsortes que en el caso de no hacerlo se procede al archivo de las actuaciones y se pone fin al proceso mediante una resolución en la forma, que no impide que posteriormente se presente una demanda cumpliendo con el litisconsorcio necesario. El legislador confunde el

⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ (2003), *Derecho Procesal Civil*, Parte General, Madrid, pág. 111.

tratamiento procesal del litisconsorcio necesario con la naturaleza y al confundirlos llega a la conclusión de que no existen supuestos de litisconsorcio activo necesario. No se puede efectuar un mismo tratamiento procesal del litisconsorcio pasivo necesario y del activo necesario porque, como hemos dicho anteriormente, el ejercicio de la acción es un derecho y no una obligación; no se puede obligar a nadie a ejercitar la acción, por tanto, de nada vale establecer mecanismos procesales para imponer la presencia de los litisconsortes en la demanda, pero ello no significa que no existan supuestos de litisconsorcio activo necesario.

Por el contrario, el legislador regula en el segundo apartado del art. 12 la figura conocida como litisconsorcio pasivo necesario. Hemos de decir que su sola inclusión legal supone una novedad con respecto al silencio que mantenía la anterior LEC de 1881 sobre los supuestos de litisconsorcio necesario tanto activo como pasivo. Ha sido el mismo Tribunal Supremo quien ha señalado que el llamado litisconsorcio pasivo necesario es una figura de construcción eminentemente jurisprudencial regida por el designio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia y en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada que, a su vez, exige la presencia en el proceso de todos lo que debieron ser partes en el mismo como interesados en la relación jurídica controvertida [véase, por todas, STS de 21 de junio de 2000 (RJA 2000/5735)].

El presupuesto del litisconsorcio pasivo necesario lo determina la nueva LEC, en el apartado segundo de su art. 12, al mencionar «el objeto del juicio», es decir, la relación jurídico material controvertida y la tutela jurisdiccional solicitada, o sea, la pretensión ejercitada es la que determinará la necesidad del litisconsorcio.

En el art. 12.2 de la LEC no se ofrece una enumeración de los supuestos en que resulta necesario interponer la demanda contra una pluralidad de sujetos. Entendemos que éste es un criterio acertado ya que pertenece a las distintas leyes de carácter material establecer tales hipótesis. No obstante, para determinar en qué supuestos existe litisconsorcio pasivo necesario es obligado estudiar con anterioridad los presupuestos y fundamentos mismos de la institución.

El art. 12.2 de la LEC complementa lo especificado en el art. 5.2 de la LEC cuando en éste se establece que “las pretensiones de tutela judicial han de formularse frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida”. Aunque el art. 5.2 de la LEC se encuentra fuera del ámbito en el que se regula el litisconsorcio, sin embargo, parece que el legislador toma como referencia para exigir el litisconsorcio dos ideas de dichos preceptos. Así:

- 1) Artículo 12 de la LEC: la posibilidad de hacer efectivo el pronunciamiento
- 2) Artículo 5 de la LEC: la posibilidad de que pueda afectar el pronunciamiento, haciendo referencia a la extensión de la cosa juzgada.

Debemos decir que el litisconsorcio necesario tiene siempre su fundamento en el derecho material. Se da este tipo de litisconsorcio cuando se da una relación sustancial única a varios sujetos y la declaración jurisdiccional de la misma sólo puede ser cumplida con eficacia cuando todos ellos estén presentes en el proceso, ya que de otra forma se eludiría uno de los presupuestos esenciales del proceso y éste se habría desarrollado, por tanto, de forma incorrecta [STS de 9 de marzo de 2000 (RJA 2000/1514)]. Así, el litisconsorcio es necesario desde el comienzo del proceso, por lo que se corre el riesgo de que si no se interpone la demanda contra todos los demandados no sea admitida por el juez, quien puede incluso apreciar este defecto de oficio. Importante matiz este último ya que si el órgano jurisdiccional puede apreciar de oficio la falta de litisconsorcio pasivo necesario no estaremos ante una verdadera excepción procesal puesto que ésta solo puede ser alegada a instancia de parte.

Por tanto, el litisconsorcio pasivo necesario atiende, como su propio nombre indica, a la necesidad de la presencia de los litisconsortes en el proceso. En este sentido, el litisconsorcio pasivo es necesario cuando el ordenamiento jurídico impone que la demanda sea presentada frente a varios sujetos porque el derecho material pertenece en común a varios. A diferencia del litisconsorcio voluntario, en este tipo de litisconsorcio, al existir una relación material única para todos los litisconsortes, la ley no se limita a autorizar su comparecencia conjunta sino que exige la presencia de los litisconsortes en el proceso.

Para calificar de necesario al litisconsorcio, la doctrina y la jurisprudencia han tenido en cuenta, tanto el contenido y naturaleza de la relación jurídica material debatida en el proceso, como también y fundamentalmente el grado de afectación o intereses que en esa relación puedan tener las personas no llamadas al juicio por el actor.

Por tanto, para reputar de necesario al litisconsorcio se debe de atender al grado de afectación o de intereses que en la relación jurídica material debatida puedan tener los terceros no llamados al juicio por el demandante. En este sentido, para apreciar el grado de afectación se debe partir necesariamente de los efectos de la sentencia. De esta forma, el tercero no convocado por el demandante puede verse directamente afectado o perjudicado en sus intereses por la sentencia que se dicte en el proceso al que no ha sido llamado. Si ello es así, podemos hablar entonces de un litisconsorcio necesario.

Así, el Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones que para que el litisconsorcio tenga el calificativo de necesario es exigencia imprescindible que el tercero no demandado en el juicio tenga un interés en éste tan «directo y legítimo» que pueda resultar perjudicado por la sentencia que en él recaiga [véase, por todas, STS de 30 de septiembre de 1994 (RJA 1994/7145)]. Si, por el contrario, si es un tercero no llamado a juicio a pesar de tener interés en el mismo y la sentencia que pueda recaer no le afecta de modo directo o trascendente sino sólo con carácter indirecto o reflejo, la doctrina jurisprudencial es la de no admitir la excepción litisconsorcial [STS de 3 de julio de 2001 (RJA 2001/4986)].

De esta forma, nosotros consideramos, al igual que la jurisprudencia, que el tercero que no ha sido llamado al proceso por el demandante, si tiene un interés en lo discutido en el proceso, pero este interés no es directo, puede intervenir en el mismo a través de la figura de la intervención adhesiva pero no litisconsorcial. El Tribunal Supremo expresamente ha declarado a este respecto que «no es de apreciar el litisconsorcio pasivo necesario cuando los posibles efectos se producen con carácter reflejo, bien por una lejana y mediata conexión, bien porque la relación material sobre la que se produce la declaración, les afecta con carácter prejudicial o indirecto «...ya que ello podría en todo caso producir una intervención adhesiva, más no litisconsorcial» [STS 31 de enero de 2001 (RJA 2001/537)].

Por lo que respecta al fundamento del litisconsorcio pasivo necesario, el Tribunal Supremo ha manifestado que el litisconsorcio pasivo necesario se rige por el principio impuesto a los órganos jurisdiccionales de cuidar que los litigios se ventilen con la presencia de todos aquellos que pudieran resultar afectados por el fallo, con la finalidad de evitar pronunciamientos contradictorios, impidiendo que alguien pueda ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, teniendo el litisconsorcio la condición de necesario cuando la pretensión ejercitada es obligada hacerla valer frente a varias personas, bien por establecerlo una norma positiva, bien por imponerlo la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida [STS de 2 de junio de 2000 (RJA 2000/3998)].

Añade, además, el Tribunal Supremo que, por ser el litisconsorcio pasivo necesario una institución jurisprudencial creada para mantener dos principios de orden público, la de la imposibilidad de condenar a persona alguna sin ser oído y otra, de carácter procesal, de evitar la posibilidad de que sobre el mismo asunto se dicten sentencias contradictorias, es por lo que no sólo se faculta al Tribunal para apreciar la falta de litisconsorcio pasivo necesario de oficio, sino que en atención a que afecta al orden público, y si parece patente la falta de litisconsorcio pasivo, se impone la obligación al órgano jurisdiccional de apreciarla de oficio dejando imprejuizada la cuestión, para que una vez se plantee en forma se pueda pronunciar respecto al fondo [STS de 24 de abril de 2003 (RJA 2003/3530)].

No obstante, todos estos argumentos apuntados por la jurisprudencia son erróneos, ya que el verdadero fundamento del litisconsorcio necesario es que el derecho material se ha de hacer valer por varios porque pertenece en mancomún a varios⁹. Hemos de decir que, en una orientación más moderna del Tribunal Supremo, así como en la mayoría de la doctrina científica, se advierte que no es el principio de audiencia el que fundamenta esta figura, sino que hay que ir al Derecho material, el cual nos especificará cuándo una determinada relación jurídico-sustantiva, por ser única, sólo puede ser deducida por el actor, presentando su demanda contra todos los sujetos que la componen. Sin embargo, entendemos que sólo el examen de la relación jurídico material no es suficiente para determinar la necesidad de la participación de varias personas en un proceso. Como mucho, ese

⁹ MORENO CATENA, El proceso civil, op. cit., pág. 129.

examen nos indicará la existencia de un presupuesto necesario, cual es la existencia de una relación jurídico material plurisubjetiva, pero este presupuesto no basta para que exista la necesidad del litisconsorcio. Sería una equivocación afirmar que siempre que se cumpla este presupuesto el actor debe demandar a la pluralidad de sujetos legitimados.

De otro lado, la actual LEC, en la norma contenida en el art. 12.2, vincula la necesidad del litisconsorcio a la «efectividad de la tutela jurisdiccional solicitada», de manera que, cuando por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo se pueda hacer efectiva frente a varios sujetos todos ellos habrán de ser considerados, necesariamente, demandados.

El litisconsorcio pasivo necesario atiende, como su propio nombre indica, a la necesidad de la presencia de los litisconsortes en el proceso. Ahora bien, podemos hacer una subclasificación. Así, cuando la presencia de los litisconsortes en el proceso es exigida por la ley material podemos hablar de litisconsorcio propiamente necesario; por el contrario, y a diferencia del litisconsorcio propio, cuando la obligación de los litisconsortes de actuar unidos en el proceso no viene impuesta por la ley sino por la propia naturaleza de la relación jurídica, entonces podemos hablar de un litisconsorcio impropio o eventualmente necesario, cuasinecesario o especial¹⁰.

Ejemplos de litisconsorcio propio procedentes del derecho material serían entre otros: a) Obligaciones mancomunadas indivisibles, contemplado en el art. 1139 del Código Civil; b) Acción de nulidad del matrimonio ejercitada por el Ministerio Fiscal frente a ambos cónyuges contemplado en el art. 74 del Código Civil; c) Impugnación conjunta de la filiación paterna y materna cuando falte la posesión de estado contemplado en el art. 140 del Código Civil; d) Acción de resolución del contrato de arrendamiento de vivienda por cesión inconsentida, contemplado en el art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1967¹¹; entre otros.

También podemos hablar de litisconsorcio necesario propio procedente de la ley procesal, como serían la tercería de dominio y la tercería de mejor derecho. Así, en el art. 600 de la LEC se indica que “la demanda de tercería se interpondrá frente al acreedor ejecutante y también frente al ejecutado cuando el bien al que se refiera haya sido por él designado”. De esta forma, cuando el bien haya sido designado, la ley procesal exige un litisconsorcio pasivo necesario (ejecutante y ejecutado); en los demás supuestos, esto es, cuando el bien no hay sido designado, el litisconsorcio será voluntario.

Por otra parte, también se exige un litisconsorcio necesario en la tercería de mejor derecho cuando el crédito cuya preferencia alegue el tercerista no conste en un título ejecutivo. En estos supuestos, de acuerdo con el art. 617 de la LEC, el tercerista de mejor derecho debe presentar la demanda frente al

¹⁰ PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, Vol. 1º, Madrid, 1973, pág. 73.

¹¹ La vigencia de esta norma se limita hoy única y exclusivamente a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del día 9 de mayo de 1985. De acuerdo a esta norma el arrendador debe demandar conjuntamente al cedente y al cesionario.

acreedor ejecutante y al ejecutado. En los demás supuestos, esto es, cuando el crédito no consta en un título ejecutivo, no se exige un litisconsorcio necesario.

Son supuestos, como decimos, en los que la relación jurídico material no puede ser objeto de una decisión jurisdiccional si no es en presencia de todos los titulares de la misma.

El litisconsorcio cuasinecesario, eventualmente necesario, propiamente no necesario o necesario virtual, así como el jurisprudencial, son figuras que, en general, se utilizan para explicar algunas situaciones jurídicas en las que, existiendo pluralidad de sujetos que actúan en calidad de parte en un proceso determinado, sin embargo, por la peculiaridad de los derechos reclamados no pueden reconducirse ni al litisconsorcio necesario ni al voluntario. Es así, que, en ocasiones, la relación jurídico-material deducida en el proceso exige que recaiga una resolución judicial uniforme para todos los litisconsortes, haciéndose necesaria su presencia en el proceso para evitar una sentencia ineficaz. La sentencia que se dicte afectará no sólo a las personas que figuran como partes en el proceso sino también a determinados terceros, concretamente a aquellos que el ordenamiento jurídico otorga legitimación *ad causam*. En esta clase de litisconsorcio la legitimación *ad causam* es siempre individual, ya que el derecho es de varios, pero no conjunta sino separadamente, de manera que el proceso puede llevarse a cabo válidamente aunque no hayan intervenido todos, puesto que la ley material no impone que todos hayan de demandar o ser demandados.

Todos estos supuestos han sido establecidos por la doctrina del Tribunal Supremo en los últimos años por diversas razones, bien por el interés social, por su carácter práctico o para garantizar la seguridad jurídica, etc.

El ejemplo más claro que encuadra en este tipo de litisconsorcio es el supuesto de la solidaridad. El régimen jurídico de la solidaridad de las obligaciones es incompatible con el litisconsorcio necesario porque es intrínseco a la solidaridad el *ius variandi* del acreedor que, de acuerdo con el art. 1144 del Código Civil, “puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente”. No obstante, dado que los deudores solidarios están en situación de igualdad de calidad, la resolución que recaiga les afectará a todos, hayan o no litigado. La relación jurídica llevada al proceso exige unicidad de fallo, así que la sentencia tendrá el mismo contenido estén todos los deudores solidarios o uno solo, y esta situación que, en la mayoría de los casos requiere limitar el principio de que el actor es el *dominus litis*, no conduce a un litisconsorcio necesario por expresa voluntad del legislador¹².

Otro de los ejemplos paradigmáticos de este tipo de litisconsorcio está representado por el supuesto del proceso de impugnación de acuerdos sociales. Este supuesto ha sido recogido expresamente por el art. 222.3 III de la LEC al indicar que “las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubiesen litigado”. La Ley en estos supuestos ha

¹² CARRERAS DEL RINCÓN (1990), *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, pág. 16.

previsto que los efectos del proceso puedan afectar a todos los accionistas, aún cuando no sean partes del mismo, con lo que la LEC, de forma expresa, introduce una extensión ultrasubjetiva de los efectos del proceso para los casos de impugnación de acuerdos sociales.

Hay muchos más supuestos de litisconsorcio necesario impropio; nosotros sólo hemos apuntado algunos de los ejemplos por la amplitud que supondría estudiar todos y cada uno de los supuestos que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han aportado.

En definitiva, podemos concluir que lo fundamental en el litisconsorcio necesario impropio es el grado de afectación que produce la sentencia sobre los no convocados al proceso, por lo que para averiguar si la resolución que se dicte afectará al litisconsorte preterido deberá examinarse en cada caso la proyección y profundidad de la acción ejercitada.

No obstante, en opinión de ASENCIO MELLADO, con la nueva regulación se ha erradicado la figura del litisconsorcio pasivo impropiamente necesario o jurisprudencial, por medio de distintas vías; la regulación expresa de lo que es el litisconsorcio pasivo necesario que supone la exclusión de los demás supuestos; la determinación de los efectos derivados de la cosa juzgada en el art. 222 de la LEC; y la regulación de la intervención procesal que tiene la finalidad de permitir la entrada al proceso de todos aquellos que pudieran verse afectados por la sentencia¹³.

En lo que hace referencia al tratamiento procesal de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ello viene regulado en el art. 420 de la LEC para el juicio ordinario. En este sentido, cuando no ha sido demandado alguno de los litisconsortes necesarios, en principio, de acuerdo a una interpretación literal de los arts. 405 y 420 de la LEC, la omisión tiene que ponerse de manifiesto por el propio demandado en la contestación a la demanda aunque, como a continuación veremos, también lo puede hacer el juez de oficio. De esta forma, la alegación en el juicio ordinario de la falta del debido litisconsorcio necesario se tiene que efectuar en la contestación a la demanda. Así, en el art. 405.3 de la LEC se establece que “También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”.

El examen de lo alegado por el demandado se llevará a cabo en la audiencia previa de acuerdo con el art. 416.1 de la LEC. Este artículo preceptúa “Descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes: (...) 3ª Falta del debido litisconsorcio”. Por tanto, la alegación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario se tiene que poner de manifiesto en la contestación a la demanda para poder ser subsanada en el trámite de la audiencia previa al juicio ordinario.

¹³ ASENCIO MELLADO (2000), *Derecho Procesal Civil*, Valencia, pág. 107.

Ahora bien, en la medida en que la denominada función saneadora de la audiencia previa tiene por finalidad precisamente examinar y resolver “sobre cualquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”, evitando con ello el que se dicten sentencias absolutorias en la instancia, la preterición del litisconsorcio necesario es un defecto apreciable de oficio; e inclusive, entendemos, puede ser reparado o subsanado por la parte demandante sin mediar previa denuncia del demandado ni apreciación de oficio. Además, el silencio del art. 405 de la LEC en cuanto a la posibilidad de que la falta del litisconsorcio pasivo necesario sea apreciada de oficio encuentra su cobertura legal en lo dispuesto en el art. 425 de la LEC, que permite apreciar de oficio circunstancias no previstas expresamente. Aunque si el art. 425 se interpreta literalmente la denuncia de la falta de litisconsorcio quedaría excluida, al estar comprendida en el art. 416 de la LEC. Sin embargo, la interpretación más coherente es entender que el art. 425 de la LEC permite, con carácter general, el control preliminar de cualquier impedimento de carácter procesal bien sea a instancia de parte o de oficio, como se deduce de lo afirmado en el apartado XII de la Exposición de Motivos de la LEC.

En cuanto a la alegación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en el juicio verbal, debemos tener en cuenta que éste es un proceso en el que si bien la demanda es escrita, aunque sucinta (art. 437 LEC), la contestación a la misma se realiza de forma oral en el acto de la vista. El demandado contesta a la demanda en la primera parte del juicio o de la vista a la que son convocadas las partes.

En la vista se lleva a cabo lo que en el juicio ordinario se denomina fase intermedia y la fase propiamente del juicio (pruebas y conclusiones). De esta forma, el acto de la vista del juicio verbal sirve para que el demandante ratifique o complemente los términos de su demanda (art. 443.1 LEC), para que el demandado conteste a su demanda (art. 443.2 LEC), para que se resuelvan las cuestiones que se hayan podido suscitar (art. 443.3 LEC) y para que se practiquen las pruebas propuestas y admitidas (art. 443.4 LEC). Todas estas actividades pueden tener lugar en el desarrollo de la vista del juicio verbal.

Pues bien, de acuerdo con el art. 443, apartados 2 y 3 de la LEC, el demandado puede alegar en el acto de la vista la falta de litisconsorcio pasivo necesario, cuestión que será resuelta por el tribunal en la misma vista. Conforme al art. 443 de la LEC no cabe ningún tipo de recurso contra la resolución del órgano jurisdiccional desestimando el litisconsorcio necesario. Se exige en el mismo artículo en el apartado tercero que una vez oído el demandante sobre dicha cuestión procesal el tribunal resuelva y mande proseguir el juicio, el demandado puede pedir que conste en acta su disconformidad, a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga.

De acuerdo con este apartado, en el juicio verbal para recurrir en apelación la sentencia dictada en ausencia de alguno de los litisconsortes necesarios es presupuesto indispensable que el demandado haga constar expresamente en el acto de la vista su disconformidad, a diferencia del procedimiento ordinario donde en ningún artículo se exige ese presupuesto; única y exclusivamente en el art. 420.2

de la LEC se indica que “si el actor se opusiere a la falta de litisconsorcio, aducida por el demandado, el tribunal oirá a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto que deberá dictar en el plazo de cinco días siguientes a la audiencia (...)”. Por lo que, de acuerdo con este precepto, no es necesario que el demandado haga constar su disconformidad para que pueda recurrir en apelación.

Una de las novedades de la nueva LEC es el acogimiento dentro del proceso civil de la técnica de la subsanación. En este sentido, tan pronto como se aprecie la defectuosa constitución de la relación procesal (falta de litisconsorcio necesario) que puede venir tanto de oficio como por la vía de la alegación por la parte demandada, se debe proceder a subsanar dicho defecto con la finalidad de evitar que se produzcan resoluciones que no afecten internamente al fondo del asunto.

La posible integración voluntaria de la litis hace referencia a aquellos casos en los que el demandado alegue en la contestación a la demanda falta de litisconsorcio pasivo necesario (art. 405 LEC) y el demandante esté conforme con la alegación del demandado. En este supuesto, el demandante podrá presentar, en el trámite de la audiencia previa, escrito dirigiendo la demanda a aquellas personas que omitió en la misma y respecto de las cuales el demandado determine tal necesidad. Si el tribunal está de acuerdo, ordenará emplazarlos para que contesten a la demanda, suspendiendo la audiencia previa.

La doctrina se pregunta si el demandante, habiéndose dado cuenta de su error, puede presentar el escrito que incluya a los litisconsortes inicialmente omitidos, antes del trámite de la audiencia previa al juicio con la finalidad de ganar tiempo. La respuesta ofrecida por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, es que ello no es posible ya que se rompería la concentración del juicio ordinario, puesto que habría de dar traslado del escrito presentado al demandado o demandados iniciales, por si se opusieran a sus términos, lo que desembocaría en un incidente atípico, contrario al espíritu de la LEC de que todas estas cuestiones se traten y resuelvan concentradamente en una audiencia¹⁴.

Por otro lado, la demanda dirigida a los litisconsortes omitidos no puede suponer cambio de objeto procesal; en este sentido, lo único que se le permite al demandante es añadir las alegaciones imprescindibles para justificar las pretensiones contra los demás demandados.

Debemos señalar que con anterioridad a la nueva LEC de 7 de enero de 2000, y aprovechando la reforma de la LEC de 1881 producida en agosto por la Ley 34/1984, los Tribunales comenzaron a utilizar la comparecencia previa del juicio declarativo de menor cuantía para implantar en nuestro proceso civil, regulado entonces por la LEC de 1881, una especie de integración del contradictorio al modo del derecho italiano. Es la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 (RJA 1991/5408), la que refleja con mayor claridad el cambio jurisprudencial que se produjo en la doctrina

¹⁴ DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ (2000), *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, pág. 185.

del Tribunal Supremo sobre la consideración o no del litisconsorcio como presupuesto procesal y el régimen procesal en consecuencia aplicable. Así, en la sentencia citada se indica que «después de la reforma de 1984 y tras las novedades introducidas en la regulación del juicio de menor cuantía, nada impide y así resulta aconsejable, cuando la necesidad del litisconsorcio sea manifiesta, que en el acto de la comparecencia, previsto por el artículo 693, se proceda a salvar la carencia de este presupuesto preliminar a la entrada en el fondo, bien se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez».

Lo que ha hecho el legislador del 2000 es incorporar explícitamente al articulado de la nueva LEC lo que en la práctica ya estaban haciendo los Tribunales con antelación, esto es, prever expresamente el trámite de la audiencia previa del juicio ordinario para subsanar la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

La nueva LEC configura la falta de litisconsorcio pasivo necesario como una defensa procesal, es decir, como una cuestión procesal que impediría la válida constitución de la relación procesal así como una sentencia sobre el fondo del asunto, en lógica coherencia con su naturaleza de presupuesto procesal; ello se desprende de lo preceptuado en el art. 405.3 (“También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”), en relación con el art. 416.1 de la LEC (“el tribunal resolverá (...), sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes: 3ª Falta del debido litisconsorcio).

El segundo de los supuestos que se regula en el art. 420 de la LEC, hace referencia al hecho de que el actor esté disconforme con la falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el demandado. En estos supuestos, el tribunal oír a las partes y, si las mismas no llegan a un acuerdo, podrá resolver la cuestión mediante auto dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, sin necesidad de suspenderla.

Si el auto que dirime tal discusión se pronuncia negativamente respecto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario denunciada por el demandado, a éste sólo le quedará la posibilidad de interponer recurso de reposición, que de acuerdo con los arts. 420.2 y 451 de la LEC, no tendrá efectos suspensivos.

Si, por el contrario, el tribunal estima el litisconsorcio, lo declarará así y concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo que no podrá ser inferior a diez días. Los nuevos demandados dispondrán de un plazo de veinte días (art. 404 de la LEC) para contestar a la demanda, suspendiendo mientras el proceso. Si el demandante no constituye el litisconsorcio en el plazo establecido, esto es, no dirige la demanda contra los litisconsortes omitidos, se pondrá fin al proceso

y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones. Contra este auto definitivo, de acuerdo con el art. 455.1 de la LEC podrá interponerse recurso de apelación en el plazo de cinco días.

Con anterioridad al auto definitivo archivando las actuaciones, contra el auto que estime procedente el litisconsorcio necesario, si el actor se encuentra disconforme con la decisión judicial, podrá interponer recurso de reposición sin efectos suspensivos.

El legislador de la nueva LEC con su art. 420 ha intentado evitar los perjuicios que se ocasionaban a las partes el no poder integrar en el juicio ya iniciado a los litisconsortes necesarios preteridos, ya que la LEC de 1881 omitía cualquier regulación del litisconsorcio necesario. Como decimos, con el art. 420 de la nueva LEC se intentan solucionar los problemas que se ocasionaban a las partes cuando por la inobservancia del requisito de bien demandar todos los litisconsortes o que fuesen demandados todos, el juez dictaba sentencia de fondo pero negando la existencia del litisconsorcio necesario. La Ley ha intentado evitarlo de forma que ha dispuesto que cuando se dé el supuesto de un proceso iniciado sin estar bien constituida la relación jurídica material de la parte pasiva se puedan integrar en el mismo todas las personas, sin, necesariamente, tener el juez que dictar sentencia por falta del debido litisconsorcio.

En definitiva, la Ley ha permitido examinar la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la audiencia previa aun siendo un tema que afecta al fondo del asunto y entendemos que lo ha hecho por razones eminentemente prácticas ya que se permite que, aun siendo una cuestión que afecta a la legitimación y, por tanto, una cuestión de fondo sea examinada y resuelta en la audiencia previa del juicio ordinario evitando con ello que el juez llegue hasta el final del proceso dictando sentencia que niegue la existencia del litisconsorcio.

Una de las funciones que cumple la audiencia previa es la saneadora, es decir, permitir que en este trámite procesal se eliminen todos los obstáculos que pudieran evitar la obtención de una resolución sobre el fondo del asunto litigioso. Dentro de esta función se puede, por tanto, encuadrar la integración voluntaria de la litis para evitar que el órgano jurisdiccional dicte una sentencia absolutoria en la instancia. En este sentido, la norma debe ser estimada positivamente ya que permite la integración del contradictorio en un momento procesal temprano, evitando así una sentencia que no pueda entrar en el fondo del asunto.

Por otro lado, para que la integración al pleito de las personas que debieron ser necesariamente demandadas y no lo fueron sea efectiva tiene que ser, en principio y de acuerdo a una interpretación literal de la Ley, advertida por el demandado. Como señalábamos anteriormente, de acuerdo con los arts. 405.3 y 416 de la LEC, el demandado tiene que haber hecho valer esta excepción en la contestación en la demanda con la finalidad de discutirse en el trámite de la audiencia previa. No obstante, entendemos que la falta de litisconsorcio pasivo necesario puede ser apreciada de oficio como ha sido la práctica habitual de nuestros Tribunales hasta la actualidad. Es cierto que desde el

punto de vista meramente técnico, sólo el demandado estaría facultado para alegar el defecto de litisconsorcio pasivo necesario, sin embargo, el juez en función de sus facultades materiales de dirección del proceso tiene suficiente poder para prevenir a las partes de la falta de un litisconsorte pasivo necesario, teniendo en cuenta además que la ley le otorga en su art. 105 la potestad de notificar la existencia del proceso a las personas que, según los mismos autos puedan verse afectados por la sentencia que en su momento se dicte con la finalidad de que utilice los medios que la ley prevé para intervenir en el proceso. Evidentemente, el juez de oficio puede alegar dicha falta siempre y cuando haya tenido conocimiento de ello a través de los autos. De esta forma, se evitaría lo que hasta el momento ha venido sucediendo, esto es, que el juez llegue hasta el final del proceso para apreciar la falta de litisconsorcio, lo cual sería ilógico teniendo los instrumentos adecuados para evitarlo.

La Ley ha adelantado los efectos que se producirían en la sentencia en el supuesto de falta de litisconsorcio pasivo necesario al trámite de la audiencia previa. Así, si el demandante no concreta la demanda contra los nuevos demandados el juez dicta sentencia absolutoria finalizando por tanto el proceso y el consiguiente archivo de las actuaciones. Por consiguiente, se anticipa lo que sería la decisión final a un momento anterior evitando continuar con el proceso.

Consideramos que esta sentencia absolutoria no tiene efectos de cosa juzgada sino que de acuerdo al tratamiento procesal que la ley confiere a la figura del litisconsorcio, el actor posteriormente podrá presentar la demanda contra todos los demandados incluyendo a los preteridos en el primer proceso. Aunque mantengamos esta postura es cierto que esta no es una cuestión baladí sino todo lo contrario ya que si partimos de que la figura litisconsorcial es una manifestación de la legitimación plural la consecuencia es que la sentencia que se llegase a dictar necesariamente tendría que ser una sentencia de fondo con todos los efectos de cosa juzgada, por lo que el actor posteriormente no podría volver a plantear la demanda contra los demandados en un primer momento, ahora bien, como hemos comentado anteriormente, el legislador no trata la figura del litisconsorcio como una manifestación de la legitimación plural porque entonces el tratamiento no sería procesal sino sustantivo, si no que lo regula como una cuestión procesal permitiendo su subsanabilidad y anticipando el momento de resolver la cuestión a un momento anterior al de finalizar el juicio, momento éste que debería tener lugar si el litisconsorcio es una manifestación de la legitimación. Entendemos que lo hace para no llegar hasta el final del proceso sabiendo con antelación que no puede entrar en el fondo del asunto. Conforme a ello, la consecuencia de tratarlo como una cuestión procesal es que la sentencia dictada no produce los efectos de cosa juzgada.

Con la regulación que mantiene el art. 420 de la nueva LEC se viene a asumir, como decíamos, la tradicional postura de la doctrina científica partidaria de la subsanación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la comparecencia del antiguo juicio declarativo de menor cuantía, con base en el art. 693.3 de la LEC de 1881. Siendo loable tal solución, no dejan de existir, sin embargo, críticas hacia la misma, puesto que suscita algunos inconvenientes como es el de reabrir el trámite de contestación

a la demanda para los nuevos demandados y exigir la celebración posterior de un nuevo acto de comparecencia. No obstante, entendemos que los beneficios que se obtienen son siempre superiores a los perjuicios que se pueden causar al volver a dar marcha atrás a las actuaciones realizadas hasta ese momento.

Otra de las cuestiones que nos ha planteado la lectura de dichos artículos y que la nueva LEC no soluciona, ni siquiera menciona, es si se admite la posibilidad de que las partes propongan y practiquen prueba para poder decidir la existencia o no del litisconsorcio pasivo necesario cuando el actor se oponga a la falta de litisconsorcio necesario alegada por el demandado, es decir, en algunos casos los hechos aducidos por el demandado y que fundamentan el defecto litisconsorcial necesitarán de una determinada actividad probatoria para su acreditación.

Esta cuestión no ha sido regulada por la Ley por lo que legalmente no encontramos ninguna solución a si se puede o no proponer y practicar prueba para resolver sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario; no obstante, parece deducirse de los propios preceptos de la LEC que no se permite esta posibilidad. Así en el art. 420 se indica que “Si el actor se opusiere a la falta de litisconsorcio, aducida por el demandado, el tribunal oirá a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto (...)”. Se permite, por tanto, que las partes realicen las alegaciones que estimen oportunas pero no se permite proponer y practicar prueba.

A nuestro parecer, si el legislador hubiera querido dotar de un trámite probatorio a la audiencia previa en lo referente al tratamiento de la falta de litisconsorcio pasivo necesario lo hubiese hecho expresamente, ya que así ha procedido en otros supuestos como es en el de la discusión sobre la inadecuación de procedimiento. En este sentido en el párrafo segundo del art. 422 de la LEC se indica que “si no se diese acuerdo sobre el valor de la cosa litigiosa, el tribunal, en la misma audiencia, decidirá oralmente, de forma motivada, lo que proceda, tomando en cuenta los documentos, informes y cualesquiera otros elementos útiles para calcular el valor, que las partes hayan aportado”. Debemos aclarar que todo lo dicho hasta ahora es en cuanto al juicio ordinario ya que, para el juicio verbal, la regulación es diferente: en este caso, el procedimiento a seguir es poner fin a la audiencia, citando a las partes para la vista de dicho juicio. En definitiva, en el juicio ordinario se permite a las partes realizar actividad probatoria para resolver los casos de inadecuación de procedimiento por razón de la cuantía. Como decimos, esto no es lo que ha hecho el legislador en los supuestos de falta de litisconsorcio pasivo necesario; en estos supuestos, el legislador ha mantenido silencio.

Desde un punto de vista teleológico se podría mantener que, como una de las funciones de la audiencia previa es la saneadora, toda interpretación debe girar a favorecer una decisión sobre el fondo del asunto de manera que no se debería prohibir a las partes o, mejor dicho, se les debería permitir la posibilidad de proponer y practicar una actividad probatoria encaminada a evitar todos los impedimentos que pudiesen existir para dictar dicha sentencia sobre el fondo del asunto. Así, si

la decisión que se le pide al juez requiere, para resolver sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario, una actividad probatoria, sería contrario a esta función saneadora de la audiencia previa el limitar esa posibilidad. Sin embargo, consideramos que admitir la posibilidad de las partes de proponer y practicar prueba en la audiencia previa para resolver sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario supone proyectar una auténtica fase probatoria con la reglamentación de unos plazos para llevarla a cabo y, por supuesto, con la suspensión de la audiencia previa para posteriores sesiones de práctica probatoria, lo que nos parece interesante proponer de *lege ferenda*, pero que de acuerdo a nuestra legislación vigente carece de apoyo legal, ya que el quehacer habitual del legislador es el de prever expresamente los trámites procesales y su disposición en las normas.

No quiere terminar este comentario sin poner de manifiesto que aunque la LEC de 2000 explicita en su articulado la figura del litisconsorcio pasivo necesario, sin embargo, su tratamiento procesal no ha sido tratado con exhaustiva dedicación. Frente a lo que ocurre respecto al control de oficio de las demás cuestiones procesales, el control de oficio del litisconsorcio necesario no está expresamente previsto, ya que en el art. 420 se prevé única y exclusivamente la subsanación de defectos relativos a la falta del debido litisconsorcio cuando hayan sido alegados por el demandado en la contestación a la demanda.